Sygn. akt KIO 2205/25

WYROK

Warszawa, dnia 24 czerwca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2025 roku przez wykonawcę KOMPLEKSOWA OBSŁUGA BUDOWNICTW "KOBNEXT" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Częstochowie w postępow prowadzonym przez zamawiającego SIM ŚLĄSK PÓŁNOC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚ siedzibą w Lubieńcu

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: GRUPA AMB BUDOWNICTWO SPÓŁKA Z OGRANICZO ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Olesznie

orzeka:

1.Oddala odwołanie

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę KOMPLEKSOWA OBSŁUGA BUDOWNICTW "KOBNEXT" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Częstochowie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz po 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę i zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

2.2.zasądza od wykonawcy KOMPLEKSOWA OBSŁUGA BUDOWNICTWA "KOBNEXT" SPÓŁKA Z OGRANICZ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Częstochowie na rzecz zamawiającego SIM ŚLĄSK PÓŁNOC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Lubieńcu kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 2205/25

UZASADNIENIE:

Zamawiający - SIM ŚLĄSK PÓŁNOC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz Lubieńcu w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z parkingiem, zbiornikiem wód opadowych i murami oporowymi, przy ul. R. Traugutta w Pyskowicach na działkach nr 526/28, 856/28, 857/28, 854/28"", nr referencyjny: PZP.271.1.4.2025.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 kwietnia 2025 r. pod numerem: 2025/BZP 00183106/01.

W postępowaniu tym wykonawca KOMPLEKSOWA OBSŁUGA BUDOWNICTWA "KOBNEXT" SPÓŁK OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Częstochowie (dalej: „Odwołujący") w dniu 2 czerwca 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) w zw. z art. 118 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wykonawca Grupa AMB Budownictwo Sp. z o.o., ul. Sosnowa 6, 29-105 Oleszno spełnia warunek udziału w postępowaniu, pomimo że wykazał spełnienie warunku doświadczenia przy pomocy zasobów podmiotu trzeciego w sposób sprzeczny z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp oraz nie udowodnił, że podmiot trzeci wykona roboty budowlane, do realizacji których zamawiający wymagał tego doświadczenia;

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Grupa AMB Budownictwo Sp. z o.o., mimo że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, wskazanego w Rozdziale II ust. 7 pkt 4 SWZ oraz nie przedłożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie ww. warunku;

3.art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty wykonawcy Grupa AMB Budownictwo Sp. z o.o, podczas gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą była oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności z dnia 26 maja 2025 r., polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Grupa AMB Budownictwo Sp. z o.o., ul. Sosnowa 6, 29-105 Oleszno (dalej „AMB"),

2.powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

3.odrzucenie oferty wykonawcy AMB,

4.wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Zdaniem Odwołującego z przedłożonych na wezwanie Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych oraz zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby wynika, że wykonawca AMB zdecydował się potwierdzić określony przez Zamawiającego warunek dotyczący doświadczenia w należytym wykonaniu co najmniej 2 robót budowlanych (o parametrach wynikających z treści tego warunku) poprzez zsumowanie doświadczenia dwóch podmiotów – podmiotu ZAB-BUD i swojego tj. wykonawcy AMB.

W ocenie Odwołującego, wykonawca AMB wykazał spełnienie warunku w zakresie posiadanego doświadczenia, w sposób niezgodny z ustawą Pzp. Analizując sposób wykazywania warunku udziału postawionego przez Zamawiającego w zakresie posiadanego doświadczenia Odwołujący zauważył, że wykonawca AMB przedłożył Zamawiającemu dokumenty z których wynika, że ani podmiot ZAB-BUD ani sam wykonawca nie spełnia minimalnych poziomów zdolności wynikających z treści warunku.

Odwołujący podniósł, że skoro Zamawiający oczekiwał w treści warunku doświadczenia przy realizacji robót budowlanych, to wykonawca AMB powinien wykazać, że takie doświadczenie posiada lub posiada je podmiot udostępniający zasoby (ZAB-BUD) i w takim właśnie zakresie (robót budowlanych) powinien brać udział w realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego, wykonawca AMB nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowania odnośnie doświadczenia jakim powinien dysponować zgodnie z wymogami Zamawiającego wyrażonymi w dokumentach zamówienia. W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymagał aby wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie wykazali się doświadczeniem w realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 zł netto (bez VAT) każda, których zakres polegał na budowie budynku/budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budynków zamieszkania zbiorowego w technologii tradycyjnej i obejmował wykonanie robót co najmniej branży konstrukcyjno-budowlanej i elektrycznej i sanitarnej. Nie może budzić wątpliwości, że wykonawcy (w tym wykonawca AMB) winni byli wykazać się doświadczeniem w wykonaniu robót budowalnych o ww. zakresie i wartości tego zrealizowanego zakresu w wysokości co najmniej 8 000 000 zł netto.

Odnosząc się do poz. 1 wykazu tj. roboty budowlanej wykonanej przez AMB na rzecz Gminy Miasto Częstochowa, zdaniem Odwołującego, zakres tego zamówienia był znacząco szerszy niż zakres objęty postawionym przez Zamawiającego warunkiem. Zgodnie z udostępnioną na stronie Gminy Miasto Częstochowa dokumentacją postępowania, zakres prac obejmował: 1) budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego czterokondygnacyjnego niepodpiwniczonego 2) zagospodarowanie terenu, wykonanie dojść, dojazdów, chodników, miejsc postojowych i placu zabaw 3) budowę zjazdu z drogi wewnętrznej od ul. Bardowskiego 4) realizację niezbędnych urządzeń technicznych 5) odwodnienie i uzbrojenie terenu 6) wycinkę drzew i nasadzenie zieleni 7) rozbiórkę czterech garaży samochodowych i budynku gospodarczego. Powyższe oznacza, że w żaden sposób nie zostało wykazane w ramach złożonych środków dowodowych rzeczywiste wykonanie robót budowlanych objętych warunkiem udziału o wartości przekraczającej 8 000 000 zł netto. Wykazywanie spełniania warunku za pomocą roboty budowlanej o wartości 11 289 542, 68 zł brutto, w ramach której wykonawca AMB poza zakresem objętym warunkiem udziału zrealizował inne prace, bez wskazania stosownych informacji, które umożliwiałaby Zamawiającemu weryfikację spełniania warunku należy uznać za niewystarczające. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do uznania że warunek został spełniony w oparciu o przekazane przez wykonawcę AMB informację. Odwołujący podkreśla, że oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie może domniemywać, czy domyślać się stanu faktycznego, lecz musi wyciągać wnioski na ten temat ze środków dowodowych przedłożonych mu przez wykonawcę.

Podobnie rzecz się w przypadku roboty wskazanej w poz. 2 wykazu wykonanej przez podmiot ZAB-BUD na rzecz TBS „ZŁOTNICKI" Sp. z o.o. z siedzibą w Zduńskiej Woli, jednakże w tym wypadku Zamawiający podjął stosowne czynności. W dniu 20.05.2025 r. Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał do uzupełnienia wykazu robót. W ocenie Odwołującego, przedłożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dokumenty nie dają żadnych podstaw do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunku. Już sam brak uzupełnienia (czym innym jest złożenie tego samego dokumentu) wymaganego wykazu robót skutkować winien uznaniem przez Zamawiającego, że wykonawca AMB nie udokumentował spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem treści tego dokumentu nie można zastąpić, składając w to miejsce pisemne wyjaśnienia oraz dodatkowe dokumenty.

Niezależnie od treści przedłożonych referencji, nadal podstawowym dokumentem pozostaje wykaz robót, który

służy potwierdzeniu czy dany podmiot ubiegający się o zamówienie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie sposób zauważyć, że przekazane przez wykonawcę AMB środki dowodowe nie odnoszą się do materii, co do której Zamawiający wystosował wezwanie do uzupełnienia.

W zaistniałym stanie faktycznym wyjaśnienia wraz z dodatkowymi środkami dowodowymi złożone zamiast wymaganego w wezwaniu wykazu robót nie mogły rozwiązać wątpliwości Zamawiającego co do wartości zrealizowanych robót objętych warunkiem udziału. Wykonawca AMB, wbrew wezwaniu, wykazu robót w żądanym przez Zamawiającego zakresie nie uzupełnił, nie rozwiał też powstałych wątpliwości w zakresie zakresu prac zrealizowanych przez niego w ramach roboty z poz. 2 wykazu a w szczególności wartości zrealizowanych robót objętych warunkiem udziału. Wykonawca w istocie nie odniósł się do żądania Zamawiającego wyrażonego w wezwaniu z dnia 20.05.2025 r. i nawet nie podjął próby wykazania jaka była wartość zrealizowanych robót objętych warunkiem zamówienia.

Pismem z dnia 23 czerwca 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

Wykonawca GRUPA AMB BUDOWNICTWO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz Olesznie (dalej jako: „AMB") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 23 czerwca 2025 r., Uczestnik postępowania ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane polegające na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego, budowie miejsc postojowych przy budynku, wewnętrznej drogi dojazdowej, chodników oraz ogrodzeń, wyrównanie i niwelacja terenu oraz wykonanie zewnętrznej infrastruktury towarzyszącej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera projekt umowy stanowiący załącznik nr 7 do specyfikacji warunków zamówienia („SWZ").

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 5 maja 2025 r. w postępowaniu złożono pięć ofert.

Nr oferty	Nazwa wykonawcy	Adres Wykonawcy	cena oferty netto / cena oferty brutto	Termin wykonania zamówienia
1	Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.A.	ul. Drzymały 15 40-059 Katowice	10 903 469,00 zł 11 967 786,87 zł	12 miesięcy
2	Inżbud TT Sp. z o.o.	ul. Jerzego Giedroycia 8 44-200 Rybnik	12 622 805,60 zł 14 116 137,35 zł	12 miesięcy
3	MODERN-BUD STRUGAŁA Spółka Jawna	ul. Oleska 406 42-161 Starokrzepice	11 209 363,70 zł 12 274 530,57 zł	12 miesięcy
4	Kompleksowa Obsługa Budownictwa "KOBNEXT" Sp. z o.o.	ul. Piastowska 57 42-202 Częstochowa	9 353 000,00 zł 10 256 940,00 zł	12 miesięcy
5	Grupa AMB Budownictwo Sp. z o.o.	ul. Sosnowa 6 29-105 Oleszno	9 083 200,00 zł 9 897 906,00 zł	12 miesięcy

Zamawiający w Rozdziale II ust. 7 pkt 4 SWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o treści:

Warunkiem udziału w postępowaniu jest złożenie przez Wykonawcę oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 125 ustawy PZP, zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ.

Na potwierdzenie spełniania niniejszego warunku Wykonawca winien przedłożyć Zamawiającemu:

•doświadczenie wykonawcy:

Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, że wykonał ***co najmniej dwie roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 zł netto (bez VAT) każda, polegająca na budowie budynku/budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budynków zamieszkania zbiorowego w***

technologii tradycyjnej i obejmująca wykonanie robót co najmniej branży konstrukcyjno-budowlanej i elektrycznej i sanitarnej, *wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.*

Przez budynek zamieszkania zbiorowego, Zamawiający rozumie budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny.

Wykonawca AMB wraz z ofertą przedłożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby - ZAB-BUD SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, o treści:

a) udostępniam w/w Wykonawcy zasoby, w następującym zakresie: zdolności technicznej – doświadczenie przy realizacji ***jednej roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 zł netto (bez VAT) polegającej na budowie budynku/budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budynków zamieszkania zbiorowego w technologii tradycyjnej i obejmująca wykonanie robót co najmniej branży konstrukcyjno-budowlanej i elektrycznej i sanitarnej.***

b) sposób wykorzystania udostępnionych zasobów będzie następujący: ***Podmiot udostępniający zasoby Wykonawcy zrealizuje roboty budowlane, których wskazane w niniejszym zobowiązaniu zdolności dotyczą. Zakres obejmie wykonanie odpowiadających udostępnianej zdolności robót budowlanych i instalacyjnych jako podwykonawca.***

c)okres i sposób udostępnienia Wykonawcy w/w zasobów : ***Nasze zasoby będą udostępnione Wykonawcy przez cały okres realizacji zamówienia. Podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział w realizacji zamówienia w zakresie wykonania odpowiadających udostępnianej zdolności robót budowlanych i instalacyjnych na podstawie zawartej z Wykonawcą umowy podwykonawczej.***

d)czy podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, usługi, których wskazane zdolności dotyczą

TAK

e)w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, usługi, których wskazane zdolności dotyczą: ***Podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział w realizacji zamówienia w zakresie wykonania odpowiadających udostępnianej zdolności robót budowlanych i instalacyjnych jako podwykonawca.***

Pismem z dnia 12 maja 2025 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę AMB do złożenia podmiotowych środków dowodowych, m.in. wykazu robót budowlanych wraz z dowodami określającymi, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca AMB przedłożył wykaz robót budowlanych, w którym wskazał dwie roboty, a mianowicie:

1. wykonaną przez wykonawcę AMB na rzecz Gminy Miasto Częstochowa - Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ulicy Piotra Bardowskiego w Częstochowie. Wartość zrealizowanej umowy: 11 289 542, 68 zł brutto. Na potwierdzenie, że robota została wykonana należycie, AMB załączył referencje.
2. wykonaną przez podmiot ZAB-BUD na rzecz TBS „ZŁOTNICKI" Sp. z o.o. z siedzibą w Zduńskiej Woli Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z częścią handlowo-usługową. Na potwierdzenie, że robota została wykonana należycie, AMB załączył protokół odbioru końcowego.

Pismem z dnia 20 maja 2025 r. Zamawiający, w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał AMB do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, o których mowa w art. 273 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w postępowaniu, którego przedmiotem jest Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z parkingiem, zbiornikiem wód opadowych i murami oporowymi, przy ul. R. Traugutta w Pyskowicach na działkach nr 526/28, 856/28, 857/28, 854/28. W treści wezwania, Zamawiający wskazał, że *Z przedstawionego protokołu odbioru końcowego robót wystawionego przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego „ZŁOTNICKI" Sp. z o.o. ze Zduńskiej Wo na rzecz ZAB-BUD Sp. z o.o. w Warszawie (będącego podmiotem trzecim udostepniającym Państwu zasoby) nie wynika wymagana przez Zamawiającego wartość robót budowlanych, a mianowicie wykonanie* ***roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 zł netto (bez VAT), polegającej na budowie budynku/budynków mieszkalnych***

wielorodzinnych lub budynków zamieszkania zbiorowego w technologii tradycyjnej i obejmująca wykonanie robót co najmniej branży konstrukcyjno-budowlanej i elektrycznej i sanitarne.

Pismem z dnia 22 maja 2025 r. AMB stosownych wyjaśnień udzielił, załączając do pisma następujące dokumenty:

1)Załącznik nr 4 do Umowy nr 1/2021 z dn. 12.02.2021: Harmonogram Rzeczowo-Finansowy –potwierdzający szczegółowy zakres inwestycji,

2)Aneks nr 5 do umowy na roboty budowlane nr 1/2021 z dnia 12 lutego 2021 r. –potwierdzający wartość robót budowlanych,

3)Aneks nr 6 do umowy na roboty budowlane nr 1/2021 z dnia 12 lutego 2021 r. –potwierdzający termin realizacji inwestycji.

4)Protokół z otwarcia ofert w postępowaniu przetargowym prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie i budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego z częścią handlowo-usługową w Zduńskiej Woli przy ul. Juliusza",

5)Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie i budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego z częścią handlowo-usługową w Zduńskiej Woli przy ul. Juliusza" z dnia 02.10.2020 r.

Pismem z dnia 26 maja 2025 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy AMB.

Stan faktyczny w rozpoznawanej sprawie nie był sporny, sporna była jedynie jego ocena prawna. Oś sporu koncentrowała się wokół interpretacji warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej oraz możliwości wykazania ww. warunku udziału łącznie przez AMB i podmiot udostępniający zasoby, tj. wykazania po jednej robocie budowlanej przez każdego z nich.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdą następujące przepisy:

Zgodnie z art. 226 ust. pkt 2 lit. b ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.*

Zgodnie z art. 226 ust. pkt 2 lit. c ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.*

Art. 118 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.*

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Zarzut nr 1 dotyczył sumowania doświadczenia Uczestnika postępowania i podmiotu udostępniającego zasoby. Zdaniem Odwołującego dwóch niedoświadczonych wykonawców nie daje w sumie odpowiedniego, wymaganego przez Zamawiającego, doświadczania. Co do zasady skład orzekający podziela twierdzenia Odwołującego. Doświadczenie w wykonaniu po jednej robocie budowlanej przez dwa różne podmiotu nie jest tym samym, co doświadczenie jednego podmiotu w wykonaniu większej ilości robót.

Kluczową rolę w interpretacji meritum sprawy stanowiła treść specyfikacji warunków zamówienia, bowiem przepisy ustawy Pzp nie precyzują spornej kwestii. W rozpatrywanie sprawie Zamawiający nie wskazał w specyfikacji, że to jeden podmiot musi spełnić sporny warunek udziału. Biorąc powyższe pod rozwagę, na obecnym etapie postępowania brak jest podstawy faktycznej i prawnej do stwierdzenia niedopuszczalności sumowania doświadczenia wykonawcy oraz podmiotu udostępniającego zasoby.

Reasumując, sumowanie częściowych doświadczeń wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby byłoby niedopuszczalne m.in. w sytuacji, gdy zamawiający zastrzegł kumulatywne spełnienie warunku przez jeden podmiot jak również wtedy, gdyby z treści warunku wynikał wymóg wykonania dwóch takich samych zadań. W przedmiotowej sprawie powyższe nie miało miejsca. Zatem brak ustanowienia takiego warunku uniemożliwia kwestionowanie sumowania doświadczenia Uczestnika postępowania i podmiotu udostepniającego zasoby.

Co do zarzutu nr 2 – poza sporem było to, że robota budowlana wskazana przez Uczestnika postępowania oraz podmiot udostępniający zasoby polegała na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego.

Spór dotyczył tego, czy w ramach wykonanych robót można było doliczyć wartość robót przypadającą na część usługową znajdującą się we wskazanym przez podmiot udostępniający zasoby budynku, jak również na roboty wokół budynku.

Z zapisów specyfikacji warunków zamówienia nie wynika aby Zamawiający kwotę 8 mln zł odnosił wyłącznie do części mieszkalnej w budynku wielorodzinnym. Zgodnie z treścią warunku, Zamawiający wymagał wykonania dwóch robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 8 mln zł każda, a nie jak chce Odwołujący o wartości nie mniejszej niż 8 mln w zakresie części mieszkalnej. Bez wątpienia, nawet jeżeli budynek wielorodzinny posiada część usługową, to dalej jest budynkiem wielorodzinnym. Uczestnik postępowania przedłożył harmonogram rzeczowo-finansowy, w którym wskazano zakres i wartość wykonanych robót. Odwołujący nie odniósł się do wskazanego dowodu.

Izba uznała, że interpretacja warunku dokonana przez Odwołujące jest sprzeczna z jego literalnym brzmieniem.

Warto również zwrócić uwagę, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że wartość kwestionowanych robót jest niższa niż 8 mln zł. Zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na Odwołującym. W ustawie Prawo zamówień publicznych nie ma odpowiednika art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postepowaniu cywilnym**,** jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym**.** Zgodnie z art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizacje. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534 ust. 1, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten stanowi odpowiednik art. 232 KPC.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07 wskazał: „*Stosownie do art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu*." Warto również przywołać uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 czerwca 2013 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 390/13: *„instytucja ciężaru dowodu w znaczeniu materialnym służy do kwalifikacji prawnej negatywnego wyniku postępowania dowodowego. Przepis regulujący rozkład ciężaru dowodu określa jaki wpływ na wynik procesu ma nieudowodnienie pewnych faktów, inaczej mówiąc kto poniesie wynikające z przepisów prawa materialnego negatywne konsekwencje ich nieudowodnienia."*

Na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To odwołujący bowiem, a nie zamawiający, a tym bardziej uczestnik postępowania, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie odwołujący (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO Zs 86/22).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……